

GE_GERICHTE A/3128/2011 vom 26. Juni 2012

GE Cour de justice, 2012-06-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3128_2011

FR: GE_GERICHTE A/3128/2011 du 26 juin 2012

IT: GE_GERICHTE A/3128/2011 del 26 giugno 2012

Regeste

CONCLUSIONS; LICENCIEMENT ADMINISTRATIF; CONTRAT INDIVIDUEL DE TRAVAIL; FONCTIONNAIRE; AUXILIAIRE; NOMINATION(AGENT PUBLIC); PRINCIPE DE LA BONNE FOI; INCAPACITÉ DE TRAVAIL; MALADIE; ACCIDENT; ABSENCE; ADMINISTRATION DES PREUVES; DROIT D'ÊTRE ENTENDU; ABUS DE DROIT; INDEMNITÉ(EN GÉNÉRAL) | L'annonce erronée, à une auxiliaire, de sa nomination à un poste fixe dans l'administration cantonale, ne lui confère pas un droit à sa nomination effective en vertu du principe de la bonne foi. De plus, l'intéressée n'a pris aucun engagement du fait de cette annonce erronée qu'elle ne pouvait changer sans subir de préjudice. | Cst.9 ; LPAC.1A.al3 ; LPAC.1A.al5 ; LPAC.1A.al6 ; LPAC.10.al1 ; LPAC.11.al1 ; LPAC.24.al1 ; RPAC.47.al3

Erwägungen

E. 1

Madame X_____, née le _____ 1967, a été engagée en qualité de conseillère en personnel auprès de l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE ; agence du Mont-Blanc) avec un statut d'auxiliaire, dès le 1^{er} juin 2005.

E. 2

Elle a démissionné de cette fonction le 30 novembre 2007 pour le 31 décembre 2007 en raison de la précarité de ce statut.

E. 3

Le 19 décembre 2008, le département de la solidarité et de l'emploi (ci-après : DSE ou le département) a mis au concours plusieurs postes de conseillers (ères) en personnel à 100 % auprès de l'OCE et de l'office régional de placement (ci-après : ORP). Certains postes, de trente-six mois au maximum, feraient l'objet de contrats d'auxiliaires de durée déterminée, alors que d'autres, probablement repourvus au sein du service, seraient de durée indéterminée.

E. 4

Mme X_____ a postulé pour l'un de ces postes. Elle a été engagée le 1^{er} mars 2009 pour douze mois, avec un statut d'auxiliaire. Au terme de cette période, son contrat a été renouvelé pour vingt-quatre mois, soit jusqu'au 29 février 2012.

E. 5

Le 1^{er} juillet 2009, elle a été nommée cheffe de groupe.

E. 6

Durant l'année 2009, elle a été absente pour cause de maladie du 15 au 19 juillet, les 5 et 26 novembre, le 9 décembre, ainsi que du 14 au 16 décembre.

E. 7

En 2010, elle a souffert de douleurs liées à une discarthrose multiple et à une hernie discale, qui ont entraîné une intervention chirurgicale le 20 avril 2010 et un arrêt de travail pour cause de maladie du 9 février au 13 juillet 2010. Cette année-là, Mme X_____ a été encore absente un jour, soit le 16 décembre 2010.

E. 8

Le 17 février 2011, elle a été évaluée par sa hiérarchie pour la période du 1^{er} mars 2009 au 28 février 2011 (recte : 17 février). Son travail donnait pleine satisfaction. Sa hiérarchie soutiendrait sa demande de nomination. Ce rapport était signé par l'intéressée et par Messieurs R_____ et B_____, respectivement chef de service de l'agence Salève de l'OPE et directeur adjoint de l'ORP, ainsi que par Mme V_____, directrice des ressources humaines au sein du DSE.

E. 9

Suite à cette évaluation, Mme X_____ a déposé une demande de nomination auprès de M. F_____, chargé de mission pour les ressources humaines auprès de l'OCE.

E. 10

Une entrevue à ce sujet s'est déroulée entre Mme X_____, M. B_____ et M. F_____ le 18 mars 2011. Le contenu de cette entrevue n'a pu être établi. Les parties divergent notamment sur la question de savoir si Mme X_____ a été informée à cette occasion par ses supérieurs hiérarchiques que la compétence de statuer sur sa demande de nomination relevait du département et non d'eux-mêmes.

E. 11

Du 21 mars au 10 avril 2011, Mme X_____ a été en arrêt de travail pour cause d'accident (fracture du pied).

E. 12

Le 13 avril 2011 à 9h00, M. F_____ a annoncé par téléphone à Mme X_____ que sa demande de nomination avait été acceptée. M. R_____ lui a confirmé cette nouvelle lors d'un entretien du même jour, à 10h00.

E. 13

Mme X_____ a fêté cette nouvelle avec ses collègues à son bureau le jour même à 16h30 autour d'une bouteille de champagne, ainsi qu'avec sa famille, en soirée.

E. 14

Le 26 avril 2011, Mme X_____ a été convoquée par Messieurs F_____ et B_____, qui l'ont informée que, malgré leur soutien et contre leur attente, sa demande de nomination avait finalement été refusée par le département en raison du nombre important de ses jours d'absence pendant la période de son contrat d'auxiliaire.

E. 15

Par courrier du 3 mai 2011, MM. F_____ et H_____, ce dernier en qualité de directeur général de l'OCE, ont confirmé à Mme X_____ la teneur de cet entretien. L'information

qui lui avait été donnée par inadvertance par ses supérieurs hiérarchiques directs devait ainsi, malheureusement, être infirmée.

E. 16

Le 2 septembre 2011, sur demande du conseil de Mme X_____, le président du DSE a formalisé cette position dans une décision sujette à recours, adressée à l'intéressée. Le taux d'absentéisme de Mme X_____ pendant les deux périodes contractuelles (du 1^{er} juin 2005 au 31 décembre 2007 et du 1^{er} mars 2009 au 2 septembre 2011) avait été la cause principale du refus de sa nomination. Par ailleurs, les services n'avaient pas la compétence de stabiliser du personnel auxiliaire dans une fonction permanente. Ils devaient formuler une proposition à l'attention du département, mais la décision finale ne leur appartenait pas. Il déplorait que sa hiérarchie lui ait donné une information erronée. De même qu'il n'existait pas de droit à l'obtention d'un emploi au sein de l'Etat de Genève, les auxiliaires ne disposaient pas d'un droit à l'obtention d'un emploi fixe.

E. 17

Par acte du 5 octobre 2011, Mme X_____ a recouru contre cette décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en concluant à ce que celle-ci constate "qu'elle a été valablement stabilisée (...)" et "nommée (...) fonctionnaire" le 13 avril 2011. Elle priait par ailleurs la chambre de "réserver" ses droits au versement d'une indemnité de CHF 100'000.- à l'encontre de l'Etat de Genève. La décision attaquée avait valeur de licenciement, car elle avait été valablement nommée fonctionnaire le 13 avril 2011. Le recours était ainsi recevable en application de l'art. 31 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05). Selon l'art. 47 du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 (RPAC - B 5 05.01), l'auxiliaire ayant occupé un poste sans interruption pendant trois ans pouvait être nommé. Cette nomination pouvait être prononcée par les services des départements, en vertu de l'art. 11 al. 5 RPAC. La recourante avait en outre donné entière satisfaction par son travail et ses absences ne pouvaient lui être imputées à faute. Sa nomination ne pouvait être remise en cause. Elle était enfin protégée par le principe de la bonne foi. En effet, son absentéisme n'avait jamais été précédemment invoqué, alors qu'il était connu de sa hiérarchie. Les conditions applicables à cette garantie étaient remplies. En annonçant et en fêtant cet événement avec ses collègues et sa famille suite à l'annonce qui lui avait été faite, elle avait pris des dispositions sur lesquelles elle ne pouvait revenir sans subir un grave préjudice.

E. 18

Le DSE a conclu le 7 novembre 2011 à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet. Dès lors que la recourante se prévalait d'un droit subjectif à obtenir sa nomination, son recours était recevable. En revanche, ses conclusions tendant à réserver ses prétendus droits au versement d'une indemnité pour tort moral et atteinte à sa personnalité ne l'étaient pas, car la chambre administrative n'était pas compétente pour connaître ce contentieux. Lors de l'entretien du 18 mars 2011 entre l'intéressée et MM. F_____ et B_____, il avait été expliqué à celle-ci que si la hiérarchie pouvait proposer une nomination, la compétence de prendre la décision y afférente revenait au service des ressources humaines du département. Pour la période du 1^{er} mars 2009 au 2 septembre 2011, la recourante totalisait cent

quatre-vingt-neuf jours d'absence. Trente personnes avaient postulé pour les quatre postes de conseiller en personnel repourvus. L'absentéisme avait été un critère non négligeable dans le choix opéré. Mme X_____ ne disposait d'aucun droit à une nomination. Elle n'avait jamais été valablement nommée. Certes, une information erronée lui avait été communiquée, mais elle aurait pu facilement se rendre compte de l'absence de compétence des personnes lui ayant annoncé cette fausse nouvelle, car elle savait que la décision finale relevait de la seule compétence du département, ce point ayant été évoqué à plusieurs reprises lors des entretiens de service. Elle n'avait par ailleurs subi aucun préjudice du fait de cette situation, de sorte que les conditions découlant du principe de la bonne foi n'étaient pas réunies.

E. 19

Par courrier du 8 décembre 2011, Mme X_____ a contesté avoir été informée précédemment de l'absence de compétence de ses deux supérieurs hiérarchiques directs ou des conséquences possibles de son absentéisme sur sa nomination. Elle sollicitait l'audition de plusieurs témoins, aux fins de prouver la teneur de ces entretiens, ainsi que la gravité du préjudice qu'elle avait subi.

E. 20

Lors d'une audience de comparution du 23 janvier 2012, le juge délégué a entendu les parties, ainsi que MM. F_____ et R_____. a. Mme X_____ a persisté dans ses conclusions. Lorsqu'ils l'avaient informée de sa nomination, MM. F_____ et R_____ n'avaient émis aucune réserve quant au caractère définitif de celle-ci. A sa connaissance, MM. B_____ et F_____ avaient pris eux-mêmes la décision de nomination. b. M. F_____ a exposé qu'il n'avait pas pour compétence de prononcer les nominations ; il ne pouvait que les proposer au département, qui prenait la décision définitive. Les candidats étaient habituellement informés de cette situation lors des entretiens d'embauche, mais il ne pouvait affirmer que tel avait été le cas pour Mme X_____. Il confirmait avoir téléphoné à celle-ci pour l'informer que sa demande de nomination avait été acceptée, avant que le service des ressources humaines du département ne la refuse. Ce service n'avait jamais écarté, pour raisons d'absentéisme, les propositions de nomination qu'il avait faites. Il avait ainsi lui-même été très surpris par cette décision, à laquelle il ne s'attendait pas. Le dossier de la recourante avait été choisi en raison de la qualité des compétences de celle-ci, de sa personnalité et des prestations fournies. Sa hiérarchie avait toutefois la priorité en cas de divergences. Au moment où il avait choisi sa candidature, il n'avait pas connaissance des absences de Mme X_____. c. M. R_____ a expliqué qu'il avait proposé trois dossiers de candidature à la direction de l'OCE. Après de telles propositions, il n'intervenait plus dans la procédure. Plus tard, il avait reçu un coup de téléphone de M. B_____ qui l'avait informé que le dossier de Mme X_____ avait été retenu. Généralement, les propositions de nomination faites par le service étaient suivies par l'autorité de nomination. Il arrivait cependant parfois que tel n'était pas le cas, en raison d'un problème de casier judiciaire, d'absence de certificat de bonne vie et mœurs ou d'absentéisme. Lorsqu'il avait proposé lui-même la candidature de Mme X_____, il connaissait l'existence de ses absences de longue durée, mais l'une d'entre elle était programmée et annoncée, et l'autre accidentelle. Il n'avait pas pensé que celles-ci poseraient un problème. Il avait participé aux festivités du service suite à l'annonce de la nouvelle et comprenait la déception de Mme X_____, qui attendait depuis longtemps cette stabilisation. Avec le recul, il s'en voulait de n'avoir pas attiré son attention sur le doute - virtuel pour lui - qui subsistait alors sur sa nomination.

Mme X_____ avait travaillé à sa pleine satisfaction pendant la durée de son contrat. d. Au terme de cette audience, Mme X_____ a persisté dans sa demande d'audition de témoins, soit Mesdames G_____, A_____, I_____ et Monsieur P_____, tous anciens collègues et conseillers en personnel auprès de l'OCE. Par cette mesure d'instruction, elle pourrait prouver la teneur des entretiens d'embauche, soit que les employés n'étaient pas informés du fait que leurs supérieurs hiérarchiques directs n'étaient pas compétents pour les nommer. Ces collègues pourraient également témoigner du préjudice moral qu'elle avait subi.

E. 21

Entre le 1^{er} février et le 11 juin 2012, les parties ont adressé des courriers au juge délégué l'informant du classement, par le Ministère public, d'une plainte pénale déposée par Mme X_____, d'une réduction de son droit aux vacances liée à la durée de ses absences, d'une dépression dont elle souffrait, consécutive à la décision attaquée, des suites d'un article de presse paru dans le journal « 20 minutes » au sujet de la fausse annonce de sa nomination et, finalement, d'un refus de l'OCE de lui octroyer des prestations cantonales pendant la durée de cette incapacité de travail. Cette dernière décision aggravait son préjudice. Ainsi, elle « amplifiait » ses conclusions, sans autre précision.

E. 22

Ensuite de quoi, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable sous les réserves suivantes (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2. Selon la jurisprudence, le refus d'embauche n'est pas une décision susceptible de recours (art. 132 al. 2 LOJ en relation avec l'art. 1 al. 1 et 2 let. d LPA ; ACOM/83/2006 du 31 juillet 2006 et les réf. citées ; ATA/222/2005 du 19 avril 2005). Cependant, dans la mesure où la recourante prétend avoir été valablement nommée, ses conclusions en constatation seront déclarées recevables (ATA/496/2009 du 6 octobre 2009). 3. La recourante demande à la chambre de « réserver » son droit à des indemnités. Le droit à une indemnisation est régi, en droit public cantonal, par la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (LREC - A 2 40 ; ATA/496/2009 précité). Selon l'art. 7 LREC, c'est le Tribunal de première instance qui est compétent pour statuer sur les demandes s'y rapportant (ATA/286/2009 du 16 juin 2009 ; ATA/145/2009 du 24 mars 2009). La réserve de tels droits par la chambre administrative serait ainsi sans portée. Les conclusions y relatives sont donc irrecevables. 4. Au terme de l'audience de comparution personnelle du 23 janvier 2012, la recourante a sollicité l'audition de plusieurs témoins. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (Arrêt du Tribunal fédéral 2D.5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3), de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282 ; 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; 127 I 54 consid. 2b p. 56 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C.552/2011 du 15 mars 2012 consid. 3.1). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2D.2/2012

du 19 avril 2012 consid. 2.3 ; 2D.51/2011 du 8 novembre 2011 ; 2C.58/2010 du 19 mai 2010 consid. 4.3 ; 4A.15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.2 et les arrêts cités ; ATA/432/2008 du 27 août 2008 consid. 2b). La recourante, allègue que les auditions requises lui permettraient de démontrer que, d'une manière générale, les employés ne sont pas informés du fait que leurs supérieurs hiérarchiques directs ne sont pas compétents pour les nommer. Ils pourraient également établir la gravité du préjudice moral qu'elle avait subi. Même prouvés, ces éléments de faits ne sauraient avoir d'influence sur la solution adoptée, ainsi qu'il résulte des considérants ci-dessous. Il sera donc renoncé à ces auditions, le dossier étant complet pour statuer. 5. La recourante soutient qu'elle a été nommée. Selon l'art. 10 al. 1 LPAC, le Conseil d'Etat est l'autorité d'engagement et de nomination des membres du personnel administratif de l'administration cantonale. A teneur de l'art. 11 al. 1 LPAC, cette autorité peut déléguer aux chefs des départements la compétence de procéder, d'entente avec l'office du personnel de l'Etat, à l'engagement et à la nomination de ceux-là. Une telle délégation figure à l'art. 1A al. 3 RPAC, qui désigne le chef du département comme autorité compétente pour nommer les fonctionnaires se trouvant sous sa responsabilité. En l'espèce, le président du DSE a refusé de nommer Mme X_____. Celle-ci n'a ainsi jamais reçu de décision formelle de nomination, mais une fausse information, émanant de ses supérieurs hiérarchiques directs, lui a fait croire à celle-ci. L'existence d'une nomination est ainsi totalement contredite par les éléments du dossier. L'examen de la chambre se limite dès lors à la question de savoir si Mme X_____ disposait, dans ces circonstances, d'un droit à une nomination. 6. Selon l'art. 24 al. 1 LPAC, lorsqu'un contrat est conclu pour une durée déterminée, les rapports de service prennent fin à l'échéance dudit contrat et il n'existe pas de droit à son renouvellement (ATA/840/2003 du 18 novembre 2003). Aux termes de l'art. 47 al. 3 RPAC, l'auxiliaire ayant occupé un poste sans interruption pendant trois ans peut être nommé. En dehors des cas d'abus de droit - soit, notamment, lorsque l'autorité d'engagement maintient artificiellement un employé dans un statut d'auxiliaire par des contrats successifs interrompus pour éluder les garanties offertes par la loi aux titulaires d'un emploi fixe (ATA/574/2007 du 13 novembre 2007 ; T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 198 n. 583) - l'auxiliaire n'a pas un droit à être nommé ou à être engagé comme employé fixe en période probatoire (art. 5 et 6 LPAC). En l'espèce, le refus de nomination se fonde sur les absences répétées de Mme X_____, dont l'autorité intimée ne conteste pas le bien-fondé, mais qui ne lui ont pas permis d'écarter avec suffisamment de certitude le risque futur que cette employée fasse l'objet d'absences fréquentes après sa nomination. Il résulte en effet de l'audience de comparution personnelle des parties que le département est particulièrement préoccupé par l'absentéisme. Au moment de la nomination, l'intérêt public lui commande de procéder à une évaluation prospective des risques. Cette analyse ne se fonde pas seulement sur les qualités professionnelles de la personne concernée - qui s'examinent lorsque celle-ci est en fonction - mais également sur son « endurance » au travail et sur sa capacité à tenir ses engagements professionnels à long terme. Des absences de longue durée, telles que celles du cas d'espèce, rendent difficile cette appréciation, en raison du raccourcissement des périodes de travail. Il ne peut ainsi être fait grief à l'autorité de n'avoir pas voulu encourir un risque que les circonstances ne lui ont pas permis d'écarter avec suffisamment de force et d'avoir privilégié une autre candidature qui lui offrait de meilleures garanties de ce point de vue. L'autorité n'a donc commis aucun abus de droit. 7. Reste à déterminer si, en raison de l'annonce de sa nomination, qui s'est avérée inexacte, la recourante doit être nommée en application du principe de la bonne foi. 8. Découlant directement de l'art. 9 Cst. et valant

pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 131 II 627 consid. 6.1 p. 637 ; 129 I 161 consid. 4.1 p. 170 ; 128 II 112 consid. 10b/aa p. 125 ; 126 II 377 consid. 3a p. 387 et les arrêts cités). Selon la jurisprudence, les assurances ou les renseignements erronés donnés par les autorités confèrent des droits aux justiciables lorsque les cinq conditions cumulatives suivantes sont remplies. Tout d'abord, on doit être en présence d'une promesse concrète effectuée à l'égard d'une personne déterminée. Il faut également que l'autorité ait agi dans le cadre et dans les limites de sa compétence, que la personne concernée n'ait pas été en mesure de se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement fourni, qu'elle se soit fondée sur ce renseignement pour prendre des dispositions qu'elle ne peut ensuite modifier sans subir de préjudice et, enfin, que la loi n'ait pas subi de changement depuis le moment où la promesse a été faite (ATF 137 I 69 consid. 2.5.1 ; 131 II 627 consid. 6.1 p. 637 ; 129 I 161 consid. 4.1 p. 170 ; 122 II 113 consid. 3b/cc p. 123 et les références citées ; Arrêt du Tribunal fédéral 1P.373/2006 du 18 octobre 2006 consid. 2 ; G. MULLER/U. HÄFELIN/F.UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2006, 5ème éd., p. 130ss ; A. AUER/ G. MALINVERNI/ M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Berne 2006, Vol. 2, 2ème éd., p. 546, n. 1165ss ; P. MOOR, Droit administratif, Berne 1994, Vol. 1, 2ème éd., p. 430, n. 5.3.2.1). Si les conditions qui précèdent sont remplies, l'autorité doit honorer la promesse donnée, malgré la dérogation à la loi, sauf si un intérêt public ou privé (d'un tiers) particulièrement important l'emporte sur la protection de la bonne foi (T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 197 n. 579). En l'espèce, la question de savoir si les trois premières conditions sont réalisées peut rester ouverte, car la quatrième de ces conditions n'est manifestement pas remplie (la personne a pris des dispositions qu'elle ne peut modifier sans subir de préjudice). En effet, la recourante ne s'est pas fondée sur le renseignement erroné qui lui a été donné - dont l'autorité intimée a admis l'existence et qu'elle a déploré - pour prendre des dispositions qu'elle n'a pu modifier sans subir de préjudice (T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 196 n. 578). A part la grande déception que la nouvelle de l'absence de sa nomination lui a causée, elle ne s'est pas fiée au renseignement erroné qui lui a été communiqué pour renoncer à un autre emploi par exemple ou pris d'autres engagements sur la base de cette information, dans les treize jours pendant lesquels elle a cru à sa nomination. 9. Le recours sera ainsi rejeté, en tant qu'il est recevable. 10. Vu les circonstances, la recourante, qui succombe, ne sera pas astreinte au paiement d'un émolument. Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 LPA).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.